

Antecipação de Tutela Recursal em sede de Agravo e Apelação – interpretação da Lei 10.352/01

Autor: Dr. Clóvis Fedrizzi Rodrigues

Advogado

Publicado em 30.06.2004

1. Introdução

Atualmente em tema de matéria processual, a vontade do legislador pauta-se na busca incessante da celeridade processual sob fundamento da necessidade de efetividade do processo.(1) Esse foi o primordial objetivo da alteração do disposto no art. 527 do Código de Processo Civil por meio da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001.

A morosidade da justiça é fator principal da injustiça, pensamento esse, defluiu Ruy Barbosa no sentido de que "Justiça que tarda, falha", contrapondo-se ao ditado popular de que a Justiça "tarda mas não falha", poder-se-ia dizer que a celeridade processual traduz a segurança da decisão, e que o fator tempo é preponderante em relação a outras garantias, levando em conta quanto mais tempo se passa entre o fato a ser apurado e a data do julgamento, menos condições tem o órgão julgador de solucionar com segurança e justiça o litígio.(2)

2. Celeridade Processual

Embora o movimento reformista busque de forma incessante a solução da morosidade da justiça, o princípio da celeridade deve conviver de forma harmônica com o princípio do contraditório e do devido processo legal, preceitos constitucionais de vital importância.(3) O pretexto, puro e simples, da celeridade não supera, no particular, a necessidade de justiça.(4) Certamente causam mais prejuízos à sociedade decisões judiciais céleres e aberrantes do que outras tardias, porém corretas.(5) O ideal, é claro, é dotar o sistema de instrumentos para que o binômio seja celeridade-justiça.

A melhor doutrina processual pugna pelo equilíbrio da celeridade e justiça.(6) Da mesma forma que não pode ser justificado um erro por outro, deve ser visto, entretanto, com cautela os argumentos em favor de forma irrestrita da sumarização processual, porque rasga o princípio do contraditório e atropela o devido processo legal, princípios e garantias fundamentais do direito, inseridas no título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais da Carta Política.(7)

3. Antecipação de Tutela: algumas considerações

Evidentemente, necessário se faz decisões rápidas⁽⁸⁾ que muitas vezes impossibilitam a defesa do réu, devendo nesses casos se ter em mente a ponderação dos valores sociais em colisão, a serem solucionados pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma proporcionalidade. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios. Assim, havendo dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios.⁽⁹⁾

A antecipação de tutela tem como escopo a efetividade do resultado do esforço científico do processo, para salvar o direito instantâneo, entendendo-se este como aquele que não pode esperar, que provoca o adiantamento dos efeitos de uma futura sentença (art. 273, inciso I, CPC),⁽¹⁰⁾ podendo haver antecipação sem estar o direito a correr risco. Isto ocorre ao se anteciparem os efeitos da futura sentença como espécie de castigo ao réu quando abusar do direito de defesa (art. 273, inciso, II, CPC).

A doutrina, tradicionalmente, distingue as tutelas cautelares da antecipação de tutela. Assim, cautelares seriam as medidas que visam assegurar a efetividade do processo principal, em relação de acessoriedade e de provisoriedade. Antecipação de tutela, por sua vez, é a entrega de plano da própria prestação jurisdicional pleiteada. A Lei nº 10.444/2002 deu nova redação ao § 7º do art. 273 da legislação adjetiva⁽¹¹⁾, permitindo a fungibilidade das tutelas cautelares e de antecipação.

Com efeito, quando o pedido formulado a título de antecipação de tutela tiver nítido caráter acautelatório, não buscando a antecipação do julgamento de mérito a ser proferido na ação de conhecimento, mas apenas decisão judicial no sentido de garantir a eficácia ou o resultado útil do provimento final de mérito a ser proferido na referida ação, pode o juiz conceder a medida cautelar, se presentes os pressupostos desta, fundado no princípio da fungibilidade.

3.1 Requisitos

Os requisitos exigidos para concessão da tutela antecipada, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil, são em síntese os seguintes: 1º) requerimento da parte; 2º) identidade total ou parcial da tutela antecipada com a tutela final pleiteada; 3º) existência de prova inequívoca; 4º) verossimilhança da alegação; 5º) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou 6º) caracterização do

abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu e 7º) possibilidade de reversão da medida antecipada.

Acerca dos pressupostos da antecipação de tutela, leciona José Joaquim Calmon de Passos: “reclama o caput do art. 273 do CPC que o juiz, para antecipar a tutela, disponha, nos autos, de prova inequívoca que alicerce seu convencimento sobre a verossimilhança da alegação do autor (pressuposto comum básico) e a isso se soma uma das seguintes situações: a) haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; b) fique caracterizado o abuso do direito de defesa; ou c) o manifesto propósito protelatório do réu. Há sempre uma exigência indispensável – a prova inequívoca da alegação do autor, apta para formar o convencimento do juiz sobre a verossimilhança do alegado, como fundamento do pedido. Denominamos esse pressuposto de comum, por não poder faltar jamais, devendo conjugar-se necessariamente com qualquer dos demais pressupostos, sempre presentes, portanto, em toda e qualquer modalidade de antecipação de tutela. Os demais podem existir isolada ou cumulativamente, somando-se ao comum e básico, pouco importa. O que jamais pode estar ausente é a prova inequívoca, casada com qualquer dos pressupostos que denominamos de particulares ou específicos.” (12)

Portanto, em apertada síntese, deverá o autor demonstrar nas suas alegações fáticas e jurídicas, por intermédio de prova inequívoca efetivamente hábil à formação de um juízo de aproximada verdade (verossimilhança), às quais haverão de somar-se ao requisito específico definido como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou defesa temerária (caracterizada pelo abuso do direito de defesa e/ou manifesto propósito protelatório do réu).

Sendo assim, não basta para a obtenção da tutela antecipada a demonstração de perigo de dano (*periculum in mora*), de maneira a causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao autor, caso não obtenha a tutela de plano; esse requisito (específico) haverá de conjugar-se com a demonstração de prova suficientemente capaz de criar no julgador um juízo de verossimilhança, sob pena de não ser obtida a tutela antecipada pretendida.

A antecipação de tutela deferida ou indeferida, nos termos 162, § 2º do CPC, é decisão interlocutória, desafiando o recurso de agravo. Entretanto, quando concedida no bojo de sentença de mérito, o recurso cabível é o de apelação, nos termos do art. 513 do CPC, uma vez que a decisão que julga o mérito e concede antecipação de tutela é formalmente uma e deve ser atacada por um único recurso, em obediência ao princípio da unirrecorribilidade das decisões.(13)

4. Discricionariedade

Nas hipóteses em que se achem presentes os requisitos de concessão da antecipação da tutela, o julgador somente tem uma alternativa que é de conceder, sob pena de ser ato ilegal e arbitrário - José Roberto dos Santos Bedaque leciona: "não se trata de poder discricionário, visto que o juiz, ao conceder ou negar a antecipação da tutela, não o faz por conveniência e oportunidade, juízos de valor próprios da discricionariedade. Se a situação descrita pelo requerente se subsumir em qualquer das hipóteses legais não restará outra alternativa ao julgador senão deferir a pretensão."(14)

A concessão da tutela antecipada, desse modo, não é ato decorrente de poder discricionário do juiz, ou seja, estando presentes os fundamentos para a sua concessão de forma inequívoca, ao juiz não é dado indeferir a medida, ou vice-versa, isto é, não estando presentes tais fundamentos, concedê-la. A sua discricionariedade existe quanto à avaliação de estarem presentes, ou não, em cada caso, os elementos característicos da medida, devendo, no entanto, tal avaliação ser sempre fundamentada.(15)

Portanto, respeitados os entendimentos em contrário, a decisão que antecipa os efeitos da tutela não se trata de poder discricionário do magistrado, a lei exige que a decisão acerca da antecipação de tutela seja sempre fundamentada, cabendo-lhe enunciar, "de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento" (CPC, art. 273, § 1º). Assim, a concessão ou não da tutela antecipada não fica jungida ao poder discricionário do julgador, mas é um direito da parte quando preenchidos os requisitos que a autorizam, nos termos do art. 273 do CPC.

5. Antecipação de Tutela: agravo de instrumento

Dando continuidade às reformas processuais estabeleceu-se, a possibilidade de antecipação de tutela recursal.

Já na reforma processual anterior (Lei nº 9.139, de 30.11.1995, com vigência a partir de 30.01.1996) possibilitou o legislador a concessão do efeito suspensivo ao agravo, visando abolir o uso freqüente da ação constitucional de mandado de segurança com vista a suspender a decisão agravada, levando em conta que não havia norma processual que pudesse suspender a decisão a quo.(16)

A interpretação literal do dispositivo, alterado pela Lei 9.139/95, levava crer a impossibilidade de o relator modificar a decisão interlocutória, concedendo a tutela jurisdicional pretendida. Diante disso, firmou-se o entendimento de que poderia o relator atribuir efeito ativo ao agravo de instrumento, ou seja, antecipar os efeitos da pretensão recursal.(17)

A Lei 10.352/01 positivou o entendimento jurisprudencial no sentido de que o relator tem o poder, além de suspender a decisão agravada, conceder ele próprio a medida negada pelo juízo inferior.(18)

Portanto, tratando-se de decisão que o juiz pode tomar inaudita altera parte, como acontece no caso de indeferimento da medida liminar pleiteada, também se admite que o recurso interposto dessa decisão seja apreciado pelo Tribunal, concedendo assim o relator a tutela recursal de plano.(19)

Com isso a nova legislação homenageia o princípio da efetividade processual, mediante a presteza e eficácia na prestação jurisdicional, mesmo em sede recursal.

Esta foi uma alteração benéfica para as partes, sem dúvida, pelo que representa em economia processual. As mesmas razões, portanto, que autorizam a suspensão da decisão impugnada para o eventual provimento do recurso não venha a ser inservível, justificam que, desde logo, conceda-se o resultado prático de seu provimento, nos casos em que sua realização, no final do procedimento recursal, seria inútil.

Eduardo Talamini, pioneiro em defender a possibilidade de antecipação de tutela recursal, já defendia que: "há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil - vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessória. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (...). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência."(20)

O objetivo da alteração processual levou em conta que não é suficiente ofertar a tutela, é preciso que ela seja prestada adequadamente, com celeridade, com efetividade, realmente garantidora dos direitos.

5.1 Requisitos

Em sede de agravo, a norma, ao mencionar que o relator pode deferir, em antecipação de tutela, a pretensão recursal, está se referindo, dependendo do caso, aos pressupostos da tutela antecipatória prevista no art. 273.(21)(22) Os requisitos para a

concessão do efeito suspensivo são os mesmos constantes do art. 558, ou seja, perigo de lesão grave e de difícil reparação e relevância da fundamentação do recurso. Evidentemente, o relator, ao alterar a decisão de primeiro grau e modificar o indeferimento de pedido de antecipação de tutela, deverá verificar se presentes os requisitos do art 273, senão, seria o mesmo de se dizer que os requisitos de tutela antecipatória, em sede recursal, se limitariam ao perigo de lesão e de difícil reparação e relevantes fundamentos.(23)

Entretanto, situação diversa é quando o relator está diante de decisão interlocutória, deferida ou indeferida em processo cautelar - em tal situação basta estarem ou não presentes os requisitos da ação cautelar para o relator negar ou antecipar os efeitos da tutela recursal.

5.2 Terminologia

Após a alteração processual, pedir ao relator de plano a pretensão recursal, temos como terminologia correta “antecipação de tutela recursal” e não o que impropriamente se denominou de efeito ativo a ser obtido em agravo.

6. Antecipação de Tutela: recurso de apelação

Praticamente ninguém dos que se dedicaram aos estudos sobre antecipação de tutela recursal tomou posição e mencionou a possibilidade de antecipação de tutela em sede de recurso de apelação.

Poder-se-ia dizer que o Código de Processo Civil, no seu artigo 527, inciso III, só admite que o relator antecipe a pretensão recursal, de índole satisfativa, quando se tratar de recurso de agravo de instrumento, levando em conta que à apelação poderá ser atribuído efeito suspensivo nos termos do parágrafo único do art. 558 – medida essencialmente de natureza cautelar.(24) Além disso, quando não presente a suspensividade da apelação e havendo fundado receio de que, durante o período de permanência dos recursos no tribunal para julgamento, possa ocorrer lesão grave ou de difícil reparação do objeto da lide, seria possível a propositura de ação cautelar, com objetivo de suspender a decisão, nos termos do parágrafo único do art. 800 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma que a construção jurisprudencial e a construção doutrinária pautaram-se no sentido de atribuir o então chamado efeito suspensivo ativo ao agravo, ficando o relator investido do poder de conceder a medida urgente negada pelo juízo inferior, há necessidade de se abrir o diálogo para que tal ocorra com o recurso de apelação.

Ocorre que há casos, que muito embora seja suspensa a decisão até o julgamento do recurso, a prestação jurisdicional pode não se tornar eficaz. Imagine o caso de o juiz de primeiro grau indeferir de forma equivocada a petição inicial, a qual contém no bojo pedido antecipatório, extinguindo o processo sem julgamento do mérito com base no art. 267, inciso I, CPC.

Em tal situação, não impede o tribunal ad quem apreciar o pedido, incontinenti, de antecipação de tutela, analisando os motivos pelos quais o juiz os rejeitou, evitando permanecer os autos no tribunal, quer em prol dos princípios da efetividade e da economia processual, quer por força da aplicação analógica do novel § único do art. 558 do CPC. Além disso, cassada a sentença que extinguiu o feito, sem exame do mérito (art. 267, I, CPC), aplica-se ao caso o § 3º do art. 515 do CPC, a ensejar desde logo a apreciação da lide, quando se cuidar de questão exclusivamente de direito e em condições de imediato julgamento.(25)

Nesse caso, presentes os requisitos para concessão do pedido de tutela antecipada, poderá o órgão ad quem adentrar no mérito do pedido antecipatório, ainda que não apreciados diretamente em primeiro grau (§ 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei nº 10.352/2001, combinado com art. 558 § único), concedendo o pedido antecipatório e devolvendo os autos à primeira instância para análise dos demais pedidos. O mesmo pode ocorrer em processo cautelar ou processo de execução, bem como nos incidentes processuais. O princípio da reforma processual é acelerar a tutela jurisdicional, sem que isso importe em prejuízo às garantias constitucionais(26). In casu, não há que se falar em violação às garantias do contraditório e da ampla defesa, pois da decisão do relator pode ser interposto eventual agravo dirigido ao órgão colegiado, a teor do § 1º do art. 557 do CPC. Nessa linha, há que se buscar alternativas inteligentes, conjugando-se, o trinômio garantias/efetividade/celeridade.

A pretensão não é esgotar o tema, mas simplesmente mostrar para os estudiosos do Direito Processual outras possibilidades a cerca da celeridade e efetividade processual, sem ferir as garantias constitucionais.

Considerações finais

O presente ensaio pretendeu abordar sem qualquer pretensão de esgotar o tema, as questões relativas à antecipação de tutela em sede recursal, suas carências e as principais propostas apresentadas por aqueles que lidam com o direito como instrumento de realização da justiça e de satisfação social.

Inúmeras outras questões práticas poderiam ter sido suscitadas por nós, mas, na verdade, satisfeitos ficaremos se com esse trabalho pudermos dar uma diretriz a ser seguida na solução da realidade do direito e, o que é ainda mais importante, se conseguirmos despertar o interesse de profissionais do direito, possuidores de uma bagagem maior de conhecimentos jurídicos.

Com estes breves comentários, esperamos suscitar o debate sobre o tema, bem como auxiliar os demais operadores que militam nesta seara do Direito, sem, portanto, a veleidade de esgotar o tema.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo, n. 234,

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A instrumentalidade do processo, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

DONALDO Armelin. Tutela Jurisdicional Diferenciada. Revista de Processo, n. 65, São Paulo, p. 45.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Eurico Túlio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2001.

MARIONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a Tutela Antecipatória. Revista de Processo, nº 69, p. 110.

MONIZ, Aragão, Egas Dirceu. Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. A crise do poder judiciário e as reformas do poder judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 15 - JAN-FEV/2002.

_____. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. III, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Exceção de pré-executividade: uma visão constitucional, Revista da AJURIS, Doutrina e Jurisprudência, Associação dos Magistrados do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 91, p. 59-72, set. 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. Revista Jurídica, n. 231, Porto Alegre: Síntese, jan/1997., pág. 5.

SÍNTESE. CD-ROM Juris Síntese Millenium; legislação, jurisprudência, doutrina e prática processual. São Paulo: Síntese, n. 44, 2003.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, Revista de Processo n. 80 p. 125-147.

HEODORO JÚNIOR, Humberto. Revista Jurídica, n. 253, Porto Alegre: Síntese, nov. 1998.

WAMBIER, Arruda Alvim, Teresa. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Os agravos no CPC brasileiro, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias: Técnicas Diferentes, Função Constitucional Semelhante, Revista de Processo, nº 82, p. 68.

Notas

1. OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA aborda a tendência brasileira de ordinarização do processo, o que acarreta excessivo peso imposto ao autor da ação, decorrente, exatamente, da demora no exame da lide.

(SILVA, Ovídio Baptista da. Revista Jurídica, n. 231, Porto Alegre: Síntese, jan.1997, pág. 5)

2. O Prof. LUIZ GUILHERME MARINONI afirma que a duração excessiva do processo é mais gravosa e afeta com maior intensidade as partes economicamente mais fracas e necessitadas, malferindo o princípio da igualdade. Com base nos escólios de CARPI, CAPPELLETTI e CALAMANDREI, o processualista emérito do Paraná sustenta que a morosidade do processo pode acentuar desigualdades substanciais entre as partes e causar injustiça social, isto porque o grau de resistência do pobre, para aguardar o desfecho do processo, é sempre menor do que o do rico “Novidades sobre a Tutela Antecipatória”. Revista de Processo, nº. 69, p. 110.

3. Ressalta a importância do devido processo legal Nelson Nery Junior, chegando a dizer que: “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal no caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendos. De todo o modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, com preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.” (Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.)

4. No mesmo sentido TEORI ALBINO ZAVASCKI. Antecipação da tutela. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58-68.

5. Fazendo forte crítica à celeridade buscada pelo legislador na Lei 9.099/95, J. J. CALMON de PASSOS, afirma: “e este é também um vício que afeta a constitucionalidade de alguns dispositivos da L. 9.099. Nem se diga, um tanto desavisadamente, que nela inexistem reduções de garantias processuais constitucionais, tendo apenas havido, para adotarmos a gongórica proclamação da própria lei, ênfase nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Tudo isso feito em benefício de mais eficiência e efetividade na prestação jurisdicional. Ninguém ousará discordar de que, em favor de objetivos tão nobres, todas as formalidades supérfluas devem ser descartadas. Duvido, entretanto, que alguém ouse afirmar autorizarem as vantagens antes referidas o sacrifício de qualquer dos princípios que estruturam a garantia do devido processo legal, bem mais relevante. Contudo o que ocorreu foi precisamente o inverso. A lei dos Juizados Especiais é pródiga não em eliminar formalidades, sim em descartar garantias das partes em benefício do arbítrio do magistrado, dando prioridade às urgências do Poder Judiciário, pressionado pela sobrecarga de trabalho que sua defeituosa institucionalização constitucional determina. A par disso,

traduz ela, com fidelidade, a vocação nacional para o autoritarismo que ainda adoece a elite e a classe média brasileiras, até hoje afetadas pela síndrome da 'casa grande e senzala', doença de que não nos pudemos curar ainda, máxime quando interagimos com o outro, quer na qualidade de sujeitos privados, quer na condição de legisladores, administradores ou julgadores".(A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: avanços e retrocessos, Publicada na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº. 15 – Jan.-Fev./2002, pág. 5)

6. Para EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, "entre dois ideais, o de rapidez e o de certeza, oscila o processo". (Comentários ao Código de Processo Civil, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 2, p. 100). Cf., também, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.

7. O referido argumento não pretende criticar o movimento reformista ao ponto de entender não necessária as reformas realizadas, mas sim observar que as mudanças devem conviver com os princípios e garantias constitucionais. Por isso, os princípios são ordens de otimização, que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

8. CARNELUTTI já afirmava "O tempo é um inimigo do Direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas", e sua preocupação de que a tutela antecipatória deveria: "evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes que possa resultar da duração do processo". CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo, n. 234, p. 356.

9. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, op. cit., p. 99-101.

10. Como bem observa DONALDO ARMELIN, com apoio em LUIGI MONTESANO, "a adoção dessas técnicas diferenciadas objetiva atender ao reclamo de uma efetiva prestação jurisdicional, considerando, de um lado, que, para alguns direitos, torna-se conveniente sacrificar a certeza e segurança resultante de uma tutela lastreada em cognição plena e exauriente e, pois, qualificada pela imutabilidade, às exigências de sua rápida e concreta satisfação. De outro lado, leva-se em conta a inexistência ou insubsistência manifesta, efetivas ou virtuais, da defesa do réu, inibindo o abuso do direito a essa defesa e eliminando, pelo menos em parte, o dano

marginal decorrente da excessiva demora na prestação jurisdicional". Tutela Jurisdicional Diferenciada. In Revista de Processo nº. 65, p. 45.

11. Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) § 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº. 10.444, de 07.05.2002, DOU 08.05.2002, em vigor 3 (três) meses após a data de publicação).

12. JOSÉ JOAQUIM CALMOM DE PASSOS. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 22-3.

13. Nesse sentido, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL – TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA SENTENÇA – APELAÇÃO – Recurso cabível. De acordo com o princípio da singularidade recursal, tem-se que a sentença é apelável, a decisão interlocutória agravável e os despachos de mero expediente são irrecorríveis. Logo, o recurso cabível contra sentença em que foi concedida a antecipação de tutela é a apelação. Recurso Especial não conhecido." (STJ – REsp 524017 – MG – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Medina – DJU 06.10.2003 – p. 00347).

14. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 1998.

15. THEODORO JÚNIOR, Humberto: "Já no âmbito de antecipação de tutela, o espaço de liberdade do juiz é quase nenhum. Somente o que for requerido pela parte poderá ser concedido dentro do permissivo contido no art. 273 do CPC. E se configurados os pressupostos legais, não há discricionariedade para o juiz. A antecipação é direito da parte. Da mesma forma, se o interessado não fornece ao juiz os comprovantes dos pressupostos do art. 273, não lhe resta margem para propiciar benesses ao requerente. O pedido de antecipação terá de ser irremediavelmente denegado." (Revista Jurídica, n. 253, Porto Alegre: Síntese, nov. 1998, pág. 25).

16. Após a vigência da Lei 9.139/95, consolidou-se o entendimento da impossibilidade da impetração da ação constitucional com objetivo de suspender a decisão atacada: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO JUDICIAL RECORRÍVEL – Descabimento do mandamus. Súmula 267/STF. O ato judicial

impetrado é de natureza interlocutória, passível de impugnação por meio de agravo de instrumento, com a possibilidade de que lhe fosse atribuído efeito suspensivo, nos termos do artigo 558 do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei nº. 9.139/95, não se inserindo, pois, a pretensão deduzida entre aquelas passíveis de amparo pela estreita via do mandamus, ante o óbice da Súmula 267 do colendo Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ – ROMS 15409 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Castro Filho – DJU 13.10.2003 – p. 00358).

17. Cf. EDUARDO TALAMINI. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo, Revista de Processo n. 80 p.125-147; Roberto Armelin, "Notas sobre antecipação de tutela em 2º grau de jurisdição" In: ARRUDA ALVOM WAMBIER, TERESA. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997, p. 431-455, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, Os agravos no CPC brasileiro 3ª ed.: São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1996, p. 267.

18. DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 190.

19. A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei nº. 8.039, de 1990. 2. Não está na competência do STJ, nem por via recursal e muito menos por ação direta (como, no caso, a ação cautelar) exercer o controle sobre atos de relator ainda sujeitos a recurso para o tribunal perante o qual ainda tramita a demanda. (STJ – AGRMC 6566 – MT – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 01.09.2003 – p. 00217).

20. A Nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo. São Paulo: Revistas dos Tribunais. Revista de Processo n. 80. p. 125-147

21. PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE INDEFERE A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMITES DE DISCUSSÃO POSSÍVEL EM SEDE DE AGRAVO INTERNO – REQUISITOS PARA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL – 1. Nesta fase do processamento do recurso de agravo de instrumento, não cabe decidir sobre o acerto ou o erro da decisão proferida pelo douto juízo de primeira instância. Cuida-se apenas de verificar a presença dos requisitos para a antecipação da tutela recursal pretendida pelo agravante, que são, no caso concreto, a verossimilhança e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, caput, e inciso I, do CPC). 2. Não é suficiente ao agravante

reportar-se apenas à verossimilhança, deixando de lado as considerações acerca do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Se o agravante não aponta, de forma clara e objetiva, em quais fatos reside o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso não seja concedida a antecipação da tutela recursal, não é dado ao julgador extrair a potencialidade do risco temido das entrelinhas das razões recursais, nem, muito menos, substituir-se ao recorrente na tentativa de supor quais sejam seus motivos. Meras alegações, desacompanhadas de qualquer prova da concreta possibilidade de ocorrência dos fatos alegados, não são suficientes para autorizar a antecipação da tutela recursal pretendida, sobretudo diante do caráter de excepcionalidade de tal prerrogativa. Agravo regimental improvido. (TJDF – AGI 20020020084122 – DF – 5ª T.Cív. – Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis – DJU 27.08.2003 – p. 48).

22. No mesmo sentido (TRF 2ª R. – AGTAG 2002.02.01.045498-0 – RJ – 4ª T. – Rel. Juiz Benedito Gonçalves – DJU 17.12.2002 – p. 276).

23. Entendimento diverso MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 7, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

24. (TRF 1ª R. – AGRAC 36000035822 – MT – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Eustáquio Silveira – DJU 02.12.2002 – p. 19).

25. Assim dispõe o dispositivo: art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº. 10.352, de 26.12.2001, DOU 27.12.2001, em vigor 3 (três) meses após a data da publicação).

26. DINAMARCO, Candido Rangel, op. cit., p.163.